

CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO EXTRAPATRIMONIAL Y OBJETIVIDAD*

QUANTIFICATION OF NON-PECUNIARY DEMAGES AND OBJECTIVITY

*Julio Mariano López***

Resumen: En el ensayo se indaga en qué medida los requerimientos de objetividad en la justificación de las decisiones judiciales son satisfechos por la teoría de las satisfacciones compensatorias que consagra el artículo 1741 del Código Civil y Comercial para la cuantificación del daño extrapatrimonial. Dado que, creemos, resultan insuficientes, se propone una solución alternativa.

Palabras-clave: Daño extrapatrimonial - Cuantificación del daño - Objetividad - Placeres compensatorios.

Abstract: The essay investigates to what extent the requirements of objectivity in the justification of judicial decisions are satisfied by the theory of compensatory pleasures enshrined in article 1741 of the Civil and Commercial Code for the quantification of non-pecuniary losses. Since we believe they are insufficient, an alternative solution is proposed.

Keywords: Non-pecuniary damages - Quantification of damages - Objectivity - Compensatory pleasures.

Sumario: I. Introducción. II. Diversos sentidos de objetividad. III. Daño moral y objetividad. IV. Daño moral y prueba ontológica. V. Daño moral y cuantificación. VI. Cuantificación y placeres compensatorios. VII. Cuantificación y justificación intersubjetiva. VIII. Conclusiones.

I. Introducción

La obligación prescripta por el artículo tres del Código Civil y Comercial que conmina al juez a resolver los asuntos sometidos a su jurisdicción mediante una decisión razonablemente fundada presenta una especial dificultad para su cumpli-

* Trabajo recibido el 21 de septiembre de 2021 y aprobado para su publicación el 15 de febrero de 2022.

** Abogado y Magister en Derecho y Argumentación por Universidad Nacional de Córdoba (UNC). Docente auxiliar de la Cátedra "C" de Introducción al Derecho de la carrera de Abogacía en la Facultad de Derecho de la UNC.

miento cuando se trata de cuantificar el daño moral. No hace falta recordar aquí los numerosos intentos de dar respuesta a esta problemática, tanto doctrinal¹ como jurisprudencialmente². Tampoco resulta necesario señalar que la controversia permanece todavía abierta y, quizás, se agrava más con el fenómeno inflacionario que ya se ha vuelto crónico en nuestro país. De modo que se justifica abordar una vez más este problema.

Con todo, mi inquietud está dirigida más a indagar acerca de las razones generadoras de la dificultad de cuantificar el daño extrapatrimonial que a proponer algún método de cuantificación, si bien al final se hace una sugerencia. En este sentido, una de las críticas recurrentes a las que suele someterse la actividad de los jueces es la que califica a la operación como *arbitraria o subjetiva*³. Si un juez o una cámara acuerda una equis cantidad de dinero por un determinado evento y otro juez o cámara acuerda una suma sustancialmente diversa por un hecho similar, la crítica parece *prima facie* fundada. Lo que se pretende destacar con la calificación de arbitraria o subjetiva es la ausencia de un parámetro o criterio que nos permita establecer cuándo estamos frente a una indemnización adecuada y cuándo no.

De lo que se trata, entonces, si pretendemos lograr cierto grado de *objetividad*, es de establecer pautas que funcionen como criterios de corrección de la resolución dictada. En esta senda, el Código Civil y Comercial en el artículo 1741 ha dispuesto que el juez debe fijar el monto de la indemnización ponderando *las satisfacciones sustitutivas y compensatorias* que pueden procurar las sumas reconocidas. La legislación civil ha incorporado, de esta forma, la llamada teoría de los placeres compensatorios como método para cuantificar la reparación de los daños extrapatrimoniales.

(1) PIZARRO, Daniel. *Daño moral. Prevención reparación. Punición*, Ed. Hammurabi, pp. 418 y ss. PEYRANO, Jorge W. "De la tarificación judicial iuris tantum del daño moral", *JA* 1993-I 877. SAMUEL, Osvaldo Mario. *El daño moral en el Código Civil y Comercial*, Ed. Astrea, pp.119-170. LEONHARDT, Gabriel Marcelo. "Metodología para la cuantificación del daño moral", *Revista de Derecho de Daños* 2017-3, Ed. Rubinzal-Culzoni, pp. 257 y ss. MARCELLINO, Leonardo. "Valoración y cuantificación de la indemnización del daño extrapatrimonial", *Revista de Derecho de Daños*, 2018-3, pp. 427-463. PAPA-YANNIS, Diego M. "Responsabilidad por el dolor causado y sufrido", *Academia*, 20/02/2021, www.academia.edu/40230940/Responsabilidad_por_el_dolor_causado_y_sufrido. SAHAB, Alejandro. "Dos problemas en torno al artículo 1741 del Código Civil y Comercial: Juicio de valor y congruencia", *S.J. T° 123 -2021-A*, pp. 153-159. JUÁREZ FERRER, Martín. "Cuantificación del daño moral por escalas", Id. (Dir), *Cuantificación del Daño. Parte general*, La Ley, Buenos Aires, 2017, pp. 301-309.

(2) Un cuadro que sintetiza diversos pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) puede consultarse en SAMUEL, Osvaldo Mario. *El daño moral en el Código Civil y Comercial*, cit., pp.119-133. Sobre la jurisprudencia cordobesa anterior a 2006, véase VIRAMONTE, Carlos Ignacio (Coord). *La cuantificación del daño moral*, Alveroni, Córdoba, 2006.

(3) Pizarro comienza el capítulo de su libro destinado a tratar esta cuestión diciendo: "La valoración del daño moral y la cuantificación de la indemnización dineraria constituyen motivos de auténtica preocupación para jueces y abogados. Buena prueba de ello la encontramos en los repertorios de jurisprudencia, que exhiben criterios judiciales en extremo disímiles, impregnados de marcado subjetivismo, que muchas veces sale del ámbito de la discrecionalidad para incursionar, peligrosamente en el de la arbitrariedad", PIZARRO, Daniel, cit. p. 417.

La pauta legal ha sido incorporada teniendo en cuenta dos requisitos que debe satisfacer la indemnización otorgada. Por un lado, se insiste en que la suma mandada a pagar debe tener un carácter esencialmente *resarcitorio*. La doctrina mayoritaria hace hincapié en esto y deriva de allí la exigencia de que la indemnización no represente un enriquecimiento para la víctima pero tampoco sea meramente simbólica.

Por otro lado, se dice que la prestación pecuniaria que la sentencia condena no funciona como “precio del dolor” sino, más bien, como “precio del consuelo”. Los que así piensan, señalan que el dinero es un medio inadecuado para la reparación pero “*puede procurar algunas satisfacciones de orden moral, susceptibles, en cierto grado, de reemplazar en el patrimonio moral el valor que del mismo ha desaparecido*”⁴. Se supone que con él la víctima puede obtener bienes o servicios que le sirvan para mitigar el padecimiento sufrido. Y es el valor de esos bienes o servicios los que el magistrado debería tener presente -ponderar- al momento de fijar el *quantum* del daño moral.

No obstante, existen autores que señalan la insuficiencia o, incluso, la ineptitud de la solución legal para zanjar el problema. Por un lado, porque puede dar lugar a abusos a la hora de reclamar la compensación por este tipo de daños. Propuesta por el demandante alguna satisfacción compensatoria como guía para la fijación del *quantum* indemnizatorio, no resulta nada claro determinar cuándo la prestación que se pondera comporta una indemnización adecuada y suficiente para el daño provocado y cuándo comporta un aprovechamiento de la víctima que excede el mero resarcimiento. Se rompe así la proporción que debe mediar entre la indemnización acordada y el daño sufrido, condición de toda indemnización resarcitoria ya que, si se pierde esa proporción, nos escapamos del ámbito de la reparación.

Por otro lado, porque no elimina la subjetividad del juez que es, en definitiva, quien va a fijar -más bien sugerir- cuál es la prestación que se ajusta a cumplir su función de consuelo, a falta de determinación por parte del reclamante. En este sentido, distintos autores señalan la necesidad e importancia de que los damnificados expliciten y justifiquen en sus demandas aquellas prestaciones que van a ocupar el lugar de las satisfacciones compensatorias. No sólo facilitarán la tarea decisoria del juez al contar con alguna guía acerca de aquello que puede servir de consuelo a la víctima sino también porque permite respetar de manera más acabada las exigencias de congruencia que deben existir entre la pretensión deducida y la resolución tomada.

En definitiva, pareciera que las demandas de objetividad que la doctrina y jurisprudencia han reiteradamente volcado en sus escritos y fallos no han podido ser satisfechas con la reforma legal. Con todo, la pregunta es: ¿A qué nos referimos con objetividad en este caso? ¿Qué tipo de objetividad podemos alcanzar en la cuantificación del daño moral si es que podemos alcanzar una? ¿Existe algo así como un parámetro, un método o una facultad que pueda proporcionárnosla? Dedicaremos

(4) CSJN, Fallos 334:376.

las siguientes palabras a desentrañar esta cuestión. La respuesta tiende a poner de resalto la imposibilidad de alcanzar la objetividad si nos limitamos a un diálogo bilateral entre partes o entre el juez y la parte. Esta exigencia, tal vez, solo podría satisfacerse a través del establecimiento de una convención, algo que requiere la participación de los distintos actores que confluyen en el desenvolvimiento de la práctica jurídica.

II. Diversos sentidos de objetividad

Si pretendemos que las condenas que realizan los jueces tendentes a indemnizar las consecuencias extrapatrimoniales disvaliosas de un hecho (daño moral) sean objetivas, deberíamos esclarecernos acerca de qué significa esta demanda de objetividad. Mucho se ha discutido en distintos ámbitos acerca de esta propiedad. Incluso podemos hablar de distintos tipos o sentidos de objetividad, dependiendo de aquello respecto de lo cual la predicamos. Se distinguen la objetividad metafísica, la epistemológica, la semántica, etc.

En un primer abordaje, decimos que la objetividad suele predicarse de cualquier estrato ontológico -en los que se incluyen cosas, hechos, acontecimientos, conceptos e ideas- o solo la circunscribimos como una propiedad de las creencias⁵. Un hecho o acontecimiento es *objetivo* en el primer sentido porque existe independientemente de que sea conocido por persona alguna (objetividad absoluta)⁶. Un evento dañoso, por ejemplo, la caída de un árbol sobre una construcción ha ocurrido y lo ha hecho de determinada manera -realmente-, con independencia de que alguien lo haya percibido o conocido. La realidad es externa a la mente y, por tanto, es objetiva.

La objetividad de las creencias, en cambio, tiene que ver con su *justificación*, es decir, con los criterios que se utilizan para establecer el valor de verdad de esas afirmaciones (objetividad disciplinar). Una posición realista en filosofía sostiene que la justificación de la creencia depende de la existencia del estado de cosas que describe. Si yo afirmo que el accidente entre A y B ha ocurrido, la verdad de dicha afirmación descansa en el efectivo acaecimiento del hecho de que A y B han intervenido en un accidente. La realidad externa de la que hablamos en el párrafo anterior funciona como parámetro de corrección de las afirmaciones (creencias) realizadas por los sujetos.

Sin embargo, sin entrar en arduas controversias filosóficas que no viene al caso tratar aquí, hay quienes piensan que no podemos prescindir de los sujetos cuando hablamos de la realidad: “... la subjetividad es un componente necesario en cualquier proceso cognitivo, por lo que es preciso afirmar que la realidad no es autónoma respecto de

(5) DE BUSTOS, Eduardo. “Objetividad”, en VILLORO, Luis (Ed.). *El conocimiento, Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía*, Trotta, p. 91.

(6) DE BUSTOS, Eduardo, cit., p. 91.

esos procesos"⁷. Los sujetos (una comunidad) constituyen o "fabrican" la realidad a través de sus procesos cognitivos. En este sentido, podemos decir que la realidad no es totalmente independiente de la mente humana, sino que depende básicamente de una práctica desarrollada por los seres humanos (objetividad dialéctica) y la verdad del conocimiento deriva, más bien, de los métodos o procedimientos que utilizamos para conocerla (objetividad procedimental).

La objetividad absoluta y la objetividad dialéctica son formas de lo que podríamos denominar objetividad *ontológica*⁸ o *metafísica* que "conciene a la medida en que la existencia y naturaleza de una cierta clase de entidades dependen de los estados mentales de las personas"⁹. Mientras que la objetividad disciplinar y la objetividad procedimental se vinculan con la objetividad *epistémica* o *epistemológica* que "requiere que los procesos y los mecanismos cognitivos mediante los cuales se forman las creencias acerca del mundo estén constituidos de manera tal que al menos *tiendan* hacia la producción de representaciones cuidadosas de cómo son las cosas"¹⁰.

Hechas estas aclaraciones, nuestra investigación debería estar dirigida a preguntarnos cómo se aplican estos conceptos a la problemática del daño moral, en general, y a su cuantificación, en particular. Como primera medida, dedicaré el próximo apartado a intentar desentrañar si podemos predicar objetividad ontológica o metafísica absoluta del daño extrapatrimonial y si podemos hacer lo mismo con su valoración y su cuantificación. Como estimo que la primera pregunta tiene una respuesta positiva pero la segunda no, en el tercer apartado indagaré si la teoría de los placeres compensatorios puede resolver este problema. En el último apartado, ensayaré una solución que viene dada por entender que los "precios" resultan de una convención de coordinación la que, en definitiva, puede remediar la falta de objetividad absoluta mediante la objetividad dialéctica.

III. Daño moral y objetividad ontológica

Las controversias en torno a la cuantificación del daño moral se han visto históricamente relacionadas con el problema acerca del concepto mismo de daño moral. Dice Pizarro: "Determinar qué se entiende por daño moral constituye una cuestión de fundamental importancia, tanto para el damnificado como para el sindicado como responsable. Los límites cualitativos y *cuantitativos* del derecho del primero y la obligación de resarcir del segundo pasan por la cuestión conceptual"¹¹.

(7) DE BUSTOS, Eduardo, cit., p. 92.

(8) DE BUSTOS, Eduardo, cit., p. 91.

(9) LEITER, Brian. *Naturalismo y teoría del derecho*, Marcial Pons, Madrid-España, pp. 327 y ss.

(10) LEITER, Brian, cit., p. 334.

(11) PIZARRO, Daniel, cit., p. 31. La cursiva me pertenece.

Desde luego, determinar qué se entiende por daño moral importa establecer, por así decirlo, su estatus ontológico. No es extraño, entonces, que las primeras definiciones por exclusión -todo lo que no es daño patrimonial es daño moral- hayan sido criticadas precisamente porque dejan la pregunta sin una respuesta adecuada. Si se trata de indemnizar *algo*, deberíamos identificar ese algo; si estamos frente a un hecho, por ejemplo, de qué tipo de hechos estamos hablando.

Descartada la concepción negativa del daño extrapatrimonial, los diversos intentos abordaron el fenómeno señalando cuál era el *interés* dañado, tenga éste el estatuto de derecho subjetivo -entendido como interés jurídicamente protegido- o de un interés al menos no reprobado por el ordenamiento jurídico, cuando dicho interés carece de reconocimiento positivo.

En la primera posición, se enrolaban aquellos que entendían que, para que exista daño moral, la lesión debía recaer sobre derechos extrapatrimoniales en un sentido amplio o restringían el ámbito de los derechos afectados exclusivamente a los derechos personalísimos. Sin embargo, se advirtió con rapidez que una lesión a tales intereses podía tener repercusiones tanto patrimoniales como morales, por lo que la distinción no podía descansar en la índole de los derechos afectados.

La cuestión, entonces, se enfocó en aislar esas repercusiones extrapatrimoniales, circunscribirlas de algún modo, para poder establecer qué estamos dispuestos a indemnizar. Se advirtió así que la repercusión tenía que ser de naturaleza “espiritual”, lo cual encajaba con las situaciones que se pretendía reparar. Señalan Cazeaux y Trigo Represas: “Ante todo ha sido bastante frecuente entender que el daño moral consiste en el dolor, la angustia, la aflicción física o espiritual, y, en general, los padecimientos infligidos a la víctima por el evento dañoso”¹².

Con todo, también se puso de manifiesto que el daño moral no se halla limitado al sufrimiento o dolor espiritual. La modificación disvaliosa del espíritu podía recaer igualmente en la *capacidad* de querer, sentir o entender, tal como lo destaca la definición más usada actualmente o al menos con mayor adhesión doctrinaria¹³.

Si observamos con detenimiento, lo que esta pregunta intenta responder es en qué condiciones debemos reconocer una indemnización a un sujeto. Siguiendo la concepción de las normas que las entiende como la correlación entre un antecedente (fáctico) y un consecuente (normativo), la pregunta es cuáles son los hechos que deben verificarse para que la consecuencia normativa sea procedente. Conforme lo dicho anteriormente, el daño moral se vincula principalmente con un hecho psi-

(12) CAZEAUX, Pedro N. - TRIGO REPRESAS, Félix A. *Derecho de las obligaciones*, t. I, Platense, La Plata, p. 399.

(13) Pizarro, Daniel, cit. p. 43. Lo define como: “una modificación del espíritu, en el desenvolvimiento de su capacidad de entender, querer o sentir, consecuencia de una lesión a un interés no patrimonial, que habrá de traducirse en un modo de estar diferente de aquel al que se hallaba antes del hecho, como consecuencia de éste y anímicamente perjudicial”.

cológico o un *estado mental* que implica una alteración (negativa) emocional -tales los casos de sufrimiento moral- pero también con la minoración de una *disposición o aptitud* (capacidad) de índole emocional, volitiva o cognitiva. Esto encuentra su caso extremo cuando la capacidad del sujeto para sentir dolor ha quedado anulada, por ejemplo, cuando la persona está en coma.

Este concepto de daño moral tiene dos ventajas que se articulan con la visión preponderante en nuestra práctica jurídica. Por un lado, solo puede predicarse de las personas humanas. Para la doctrina prevaleciente, las personas jurídicas carecen de legitimación para reclamar daño moral, incluso si se les reconoce intereses no patrimoniales¹⁴. Por el otro, permite acordar un derecho al resarcimiento a personas que, en virtud del hecho dañoso, se ven privadas de tales capacidades de sentir, querer o entender o que las tienen disminuidas o poco desarrolladas. Tales los casos de personas en estado de coma, a las que aludimos previamente, o aquellas que sufren alguna discapacidad intelectual o niños de corta edad¹⁵.

Como vemos, el daño moral en uno de sus aspectos -el más problemático- se corresponde con un estado mental, el que como tal posee objetividad metafísica, aun cuando el acceso a su conocimiento solo sea indirecto y, en cierto sentido, su existencia dependa de la mente. ¿En qué sentido? Los hechos psicológicos dependen *estructuralmente* de la mente puesto que “ocurren” en ella o son “facetas” de ella. Pero eso no quiere decir que no sean objetivos desde un punto de vista metafísico, puesto que existen independientemente del conocimiento que pueda tener un observador de la persona que lo experimenta¹⁶.

Cabe señalar, en este punto, que el problema ontológico respecto de los procesos y estados mentales ha sido y es objeto de controversias en el ámbito de la filosofía de la mente. La cuestión irresoluta en esa disciplina es si esos procesos y estados mentales pueden reducirse a procesos físicos que ocurren en un sistema complejo como es el cerebro o si tienen una naturaleza no física¹⁷. La respuesta positiva a la primera alternativa conduce a una teoría monista materialista de la mente, mientras que la segunda nos compromete con alguna versión de la teoría dualista.

(14) No así en el derecho comparado. Papayannis cita al Tribunal Supremo español que ha reconocido que el daño moral de las personas jurídicas es indemnizable porque no se requiere el sufrimiento propio de las personas físicas sino una afectación del “prestigio y la estima moral en el concepto público”. PAPAYANNIS, Diego M. cit., p. 6.

(15) Creo que desde un punto de vista conceptual, la inclusión de la afectación de la capacidad emotiva, volitiva y cognitiva como objeto de reparación puede producir confusiones respecto de su indemnizabilidad como daño patrimonial, es decir, con relación a las repercusiones que la disminución de esa capacidad tiene en la capacidad laboral, en las posibilidades de obtener ventajas económicas. Una cosa es la incapacidad psíquica que se indemniza como daño patrimonial y otra es la incapacidad “moral”, por así decirlo, que se indemniza como daño extrapatrimonial.

(16) LEITER, Brian, cit., p. 330.

(17) CHURCHLAND, Paul M. *Materia y conciencia*, Gedisa, Barcelona-España, p.17.

Aunque no vamos a detenernos en esta intrincada cuestión¹⁸, es importante resaltar los rasgos que presentan los estados mentales puesto que no es extraño encontrar allí los motivos que dificultan no solo cuantificar el daño moral sino, muchas veces, determinar su existencia. González Lagier, por ejemplo, señala cuatro propiedades de los estados mentales que escapan a una explicación en términos de leyes empíricas o por referencia exclusiva a procesos físico-químicos. Esos rasgos son: conciencia, carácter cualitativo, intencionalidad y eficacia causal¹⁹.

La *conciencia* tiene que ver con la forma como accedemos a ellos y que no es otra que la introspección. Los estados mentales se nos presentan de una manera directa, podemos conocerlos porque es algo que sucede dentro de nosotros, al margen de cualquier evidencia empírica. Sin embargo, resultan inaccesibles para terceros quienes solo podrán adquirir conocimiento de forma indirecta, a través de nuestra conducta externa.

Precisamente, dado que nuestros estados mentales pueden influir en nuestro comportamiento externo a través de gestos o acciones, un observador puede inferir de allí su existencia. Este es el rasgo de *eficacia causal* de los hechos psíquicos que provoca perplejidad a filósofos y científicos para quienes es difícil explicar la influencia que hechos de índole tan particular (mental) tienen en hechos externos, físicos.

La *intencionalidad* hace referencia al contenido del estado mental. Destaca la capacidad de los estados mentales de versar sobre objetos o estados de cosas del mundo distintos de ellos mismos. Se dice, por ejemplo, que un pensamiento o una creencia “alude” a algo o “señala” algo que está más allá de sí mismo²⁰. Creemos que está lloviendo o que la Tierra es plana. Aquí hay un estado mental (la creencia) y un estado de cosas externo a la mente a la que el estado mental se refiere (la lluvia, la planitud de la Tierra).

Por último, y quizás la característica que más nos interesa, es su especial modo de existencia lo que los torna de alguna manera “inasibles”. Las emociones, deseos o creencias emergen a la conciencia de cada persona de una manera particular, cualitativamente diversa. El dolor experimentado por un individuo, el sabor percibido de un chocolate, las sensaciones a las que van unidas los estados mentales son esencialmente *subjetivas*.

Si pudiéramos correlacionarlos directamente con algo material o empíricamente verificable (*v.gr.* un estado cerebral, un proceso físico-químico), tal vez podríamos

(18) Un buen panorama sobre las teorías acerca de la naturaleza de la mente y las repercusiones que pueden tener en materia probatoria puede consultarse en GONZÁLEZ LAGIER, Daniel. “Sobre los presupuestos filosóficos de las pruebas neurocientíficas”, en FERRER BELTRÁN, Jordi - VÁZQUEZ, Carmen (co-eds.) *Debatiendo con Taruffo*, Marcial Pons, Madrid-España, pp. 392 y ss.

(19) GONZALEZ LAGIER, Daniel, cit., p. 386. Véase también del mismo autor “Buenas razones, malas intenciones”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 26, pp. 649-650.

(20) CHURCHLAND, Paul M., cit. p. 101.

tener un conocimiento más acabado de ellos, más “científico”, en definitiva, quizás, más *objetivo*. Esta es la empresa en la que se embarcan las posiciones materialistas reduccionistas. Más allá de que, incluso en este caso, podrían presentarse dificultades epistemológicas²¹, no parece ser la teoría que está por detrás de la concepción dominante del daño moral. Al menos, no es lo que se infiere de las exigencias probatorias que, en general, los jueces imponen al reclamo del daño moral.

En lugar de buscar la evidencia de un determinado proceso neuronal, la acreditación de los daños extrapatrimoniales corre por un carril diverso al que corren los daños materiales. En general, no se requieren pruebas periciales, ni siquiera testimoniales. El perjuicio se infiere de una serie de indicios, aunque más que indicios provienen de un conjunto de generalizaciones que debe poseer el juez para apreciarlo. Dedicaremos el próximo apartado a este asunto.

IV. Daño moral y prueba

La naturaleza de los estados mentales -si estos se reducen a eventos neurofisiológicos, a roles causales o a conductas o bien son algo totalmente distinto aunque exista un sustrato material- podría tener consecuencias relevantes en el ámbito de la prueba del daño moral. Precisamente, como hemos sugerido más arriba, la dificultad que plantean los hechos psicológicos o estados mentales entre los que encontramos sentimientos, valoraciones, actitudes, preferencias, intuiciones o voluntades -más allá de su estatus ontológico-, es la de su accesibilidad al conocimiento. Taruffo enseña que para estos hechos no sirven automáticamente las mismas técnicas probatorias que para los hechos materiales. Por lo menos, deberían ser adaptadas²². ¿Cómo podemos conocer que una persona distinta de nosotros mismos está sufriendo o ha sufrido? ¿Cómo podemos saber si es sincera en sus manifestaciones? ¿Cómo medir la magnitud de esos sentimientos?

En esta senda, en la doctrina nacional han aparecido criterios dispares en cuanto a los estándares probatorios²³. Así, por ejemplo, algunos distinguen según que el daño moral provenga de hechos ilícitos o de un incumplimiento contractual, exigiendo en este último caso una prueba más clara y categórica. Otros proponen una presunción *iuris tantum* acerca de su producción en el caso de acciones antijurídicas, de modo tal que corresponda al demandado la prueba en contrario. En general, no se exige prueba *directa* del daño ni se exige pericia psicológica o testimonial alguna que de cuenta del estado anímico de la persona damnificada. Un requerimiento que

(21) Una dificultad que podría plantearse al reducir los estados mentales a procesos neuronales es qué pasa cuando, por ejemplo, el daño -*v.gr.* el perjuicio anímico- se produjo en un determinado momento y no subsiste a la fecha de la actividad probatoria. ¿Habrán dejado alguna huella cerebral que nuestra ciencia todavía no es capaz de reconocer? Y si así no fuera, ¿cómo debería probarse el daño entonces?

(22) TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*, Trotta, pp.159-160.

(23) PIZARRO, Daniel, *cit.*, pp.622 y ss.

no resultaría irrazonable si pensamos en el rasgo de los estados mentales que los concibe como causalmente eficaces, según vimos más arriba²⁴.

La mayoría, sin embargo, asume que la prueba idónea para acreditar el daño extrapatrimonial es la indiciaria o presuncional, aquella en que, a partir de un hecho conocido, se razona -por inducción, deducción o abducción crítica- la existencia de un hecho desconocido²⁵. De la acreditación de un hecho como podría ser la muerte de una persona y el vínculo existente con sus hijos puede *inferirse*, por ejemplo, el menoscabo espiritual que experimentan estos últimos²⁶. El interrogante que aparece a continuación es cuáles son las bases sobre las que se realiza ese razonamiento. Pues si bien es cierto que de ordinario la muerte de una persona afecta emocionalmente a sus allegados, esto no es más que una *generalización* que no necesariamente debe verificarse en el caso concreto.

Estas generalizaciones forman parte de lo que los procesalistas denominan las máximas generales de la experiencia que todo juez debe poseer -en mayor o menor medida- para “justipreciar” los llamados medios confirmatorios de las pretensiones deducidas por las partes y que se engloban bajo el sintagma de la “sana crítica racional”²⁷.

No resulta inconcebible -sino más bien plausible- que ciertas regularidades, leyes naturales o generalidades formen parte del conocimiento del juez. ¿Pero deben aplicarse, sin más, a la acreditación de los estados mentales de las partes cuyo acceso directo y privilegiado solo lo tiene la persona que lo experimenta y a los cuales el juez solo puede aproximarse indirectamente? La pregunta se vuelve más acuciante cuando el juzgamiento debe limitarse al caso concreto, ya que debe determinarse no solo la existencia del daño -ésta puede quedar, en mayor o menor medida, supeditada a las generalizaciones señaladas- sino su magnitud donde se hace aún más necesaria la prueba particularizada.

La resolución, se ha dicho, debe señalar los elementos tenidos en cuenta por el juez para la evaluación del daño moral que se traduce en una doble operación: en primer lugar, debe considerar las circunstancias que *en abstracto* pueden incidir en la magnitud del daño ocasionado (personalidad, índole de las lesiones sufridas,

(24) Además, cabe tener en cuenta que el dolor emocional no es el único estado mental que debe ser probado. Infinidad de estados mentales se encuentran involucrados en los supuestos de hecho que contemplan las normas. Las intenciones, por ejemplo, son un caso paradigmático.

(25) ALVARADO VELLOSO, Adolfo. *Sistema procesal*, T. II, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, p. 66.

(26) PIZARRO, Daniel, cit., pp. 627-628.

(27) ALVARADO VELLOSO, Adolfo, cit., pp.120-122. Los seres humanos poseemos cientos de generalizaciones referidas a estados mentales que nos permiten explicar, e incluso predecir, nuestras conductas. Son un conjunto de enunciados generales o leyes rudimentarias que constituyen una teoría o marco de referencia a partir del cual comprendemos cómo funcionan los seres humanos. Es lo que se ha denominado la “psicología corriente” y es una teoría profundamente arraigada en la cultura y el lenguaje humanos. CHURCHLAND, Paul M., cit., pp. 95-97.

extensión del daño en el tiempo, la divulgación del hecho cuando lo lesionado es el honor o la intimidad de una persona), para luego, en un segundo momento, evaluar cuál es la influencia que tienen en el caso concreto. Justamente: “Este examen valorativo de segundo grado en concreto contiene un componente importante de *discrecionalidad subjetiva* del juez, ya que éste debe asignar valor cualitativo a la magnitud del daño en base al caso particular”²⁸.

Esa “discrecionalidad subjetiva”, a nuestro modo de ver, aparece necesariamente porque no basta una subsunción del caso en ciertas generalizaciones o regularidades. Siempre queda abierta la pregunta acerca de si la valoración es correcta dada la índole mental del hecho que se pretende evaluar y al que es imposible o muy dificultoso acceder desde un punto de vista externo. Aquí hay un primer rasgo de subjetividad al establecer la *magnitud* del daño derivado de su accesibilidad indirecta.

Es por ello que, para algunos, pueden parecer insuficientes las simples facultades del juez para establecer “objetiva y presuntivamente” el agravio moral, basándose en las circunstancias del hecho y las cualidades morales de la víctima²⁹. Desde luego, como observa Queruz Chemes, podríamos preguntarnos si no es un perito quien está en mejores condiciones de “arrimar conclusiones fundadas que le permitan tener una perspectiva especializada a la autoridad”. Según esta profesional, “las apreciaciones acerca del daño moral (...) pueden ser aportadas por el perito psicólogo toda vez que está facultado para *objetivar* los distintos estados emocionales, fluctuaciones anímicas, pensamientos atendiendo al contexto de la conducta en el cual emergen y su relación con la situación particular; no pueden estas observaciones ser realizadas de manera válida por un juez o magistrado como profesional del derecho sin munirse del material empírico aportado por el perito siempre que exista una labor interdisciplinaria”³⁰.

Con todo, la doctrina y jurisprudencia preponderante, quizás está más de acuerdo con aquello que observa Papayannis³¹: que el dolor sea una experiencia subjetiva, privada y solo cognoscible por quien lo padece no impide que su existencia e intensidad puedan ser inferidas, con tal que dichas inferencias, a partir de hechos que podemos registrar como observadores externos, sean admitidas como *probabilísticas*. Esto implica que algunas conclusiones pueden ser derrotadas por evidencia en contrario. Así, nos señala este autor, la creencia en el sufrimiento que inferimos por la muerte de un cónyuge puede ser derrotada si se acredita que la pareja había terminado su relación sentimental.

(28) MARCELLINO, Leonardo, cit., p. 439.

(29) Bustamante Alsina, Jorge citado por PIZARRO, Daniel, cit., p. 626.

(30) QUERUZ CHEMES, Andrea. “Puntos de encuentro entre daño psíquico y daño moral”, *Comercio y Justicia*, 04-10-19, en <https://comercioyjusticia.info/opinion/puntos-de-encuentro-entre-dano-psiquico-y-dano-moral/>

(31) PAPAYANNIS, Diego M., cit. p. 19.

Lo que se quiere destacar aquí no es si los estándares probatorios actualmente vigentes resultan apropiados. Más bien se intenta poner de manifiesto que aquellas particularidades ontológicas que señalamos en el apartado anterior acerca de los estados mentales (conciencia, intencionalidad, eficacia causal y subjetividad) tienen, sin duda, consecuencias en la faz epistémica y se encuentran ligadas a una subjetividad hasta el momento insuperable.

Además, aun cuando las exigencias probatorias -por caso, la pericia psicológica- nos proporcionaran elementos que permitan alcanzar con mayor rigor la magnitud de sufrimiento o el padecimiento experimentado, la pregunta acerca de qué cantidad de dinero resulta suficiente para resarcirlo se encuentra pendiente. Podríamos saber, con mayor o menor certeza, de qué manera el hecho dañoso ha influido en el ánimo de la víctima, si ha resultado verdaderamente un evento doloroso e insuperable o si, por alguna otra razón, se le ha presentado, simplemente, como un hecho lamentable pero transitable anímicamente que no supera el umbral de una molestia. También podríamos establecer si estamos frente a un sufrimiento razonable o irrazonable³². Aun así, nos preguntaríamos cuánto deberíamos acordar por ello o qué suma es adecuada para su reparación.

A pesar de los rasgos que posee el dolor como estado mental, aun sería posible alcanzar una ordenación en cuanto a su gravedad³³. Resulta evidente, según nuestra experiencia, que no es igual de intenso el dolor por la pérdida de un familiar que quizás la angustia provocada por la frustración de un negocio inmobiliario. Sin embargo, cuando pretendemos trasladar esa magnitud a una suma dineraria, la pregunta sigue pendiente: ¿Qué cabe decir, finalmente, de la cuantificación? ¿Cómo podemos traducir esa valoración del juez -aunque no sea del todo subjetiva- en una suma de dinero? ¿En qué medida facilita o entorpece esa operación la exigencia legal de ponderar placeres compensatorios? A ello nos abocaremos en los próximos apartados.

V. Daño moral y cuantificación

Aun cuando podamos esclarecer el “contenido” del daño moral, esto es, qué hechos -del tipo que sean- deben ocurrir para que la indemnización sea procedente tanto en su existencia como en su magnitud, resta fijar la suma de dinero que

(32) Papayannis señala esta distinción como límite a la indemnizabilidad de este tipo de daños. “El contexto determina cuándo es apropiado sufrir, con qué intensidad, y cuándo además corresponde o es permisible expresar públicamente ese sufrimiento. Dentro de ciertos márgenes de diversidad, el dolor tiene sus grados, su tiempo y forma de expresión. No es adecuado llorar por cualquier razón, sino que las lágrimas deben reservarse para ocasiones realmente importantes”. De allí este autor concluye: “La clave está en comprender que quien no logra aceptar con resignación un dolor que es habitual, o quien sobrepasa los límites del sufrimiento socialmente apropiado, no puede trasladar su propia responsabilidad a otras personas. No son ellas quienes deben evitar, sino uno mismo quien debe controlar”. PAPAYANNIS, Diego M., cit., p. 24.

(33) PAPAYANNIS, Diego M. *Ibidem*, p. 27.

constituirá esa indemnización. La doctrina ha sabido distinguir entre la magnitud o *valoración* del daño moral y su *cuantificación*³⁴. Mientras que la primera atiende a una determinación “cualitativa” que supone indagar en la mayor o menor afectación anímica o emocional, “con sus oscilaciones de agravación o disminución, pasadas o futuras” que un evento puede producir en una persona³⁵, los métodos de cuantificación aspiran a tender el puente entre esa magnitud y un monto pecuniario o suma de dinero que cumpla, en definitiva, la función resarcitoria.

Los intentos variados que han tenido lugar en ese sentido llevan ínsita la pretensión de establecer criterios de corrección con los cuales poder evaluar la resolución que dicta el juez. Aparece aquí, nuevamente el propósito de eliminar la subjetividad como rasgo que impide el control de la justificación sentencial. En otras palabras, si existen tales pautas o métodos entonces podemos saber *objetivamente* si la resolución es correcta y, a la par que se elimina la arbitrariedad -aunque no la discrecionalidad- en la fijación de los montos indemnizatorios, se gana en previsibilidad y seguridad jurídica.

La pregunta es cómo deben ser los parámetros para que podamos hablar de objetividad. En una primera aproximación y volviendo a los conceptos vertidos en párrafos precedentes, la objetividad se predica de una proposición cuya referencia vendría a ser un hecho u objeto. Una afirmación acerca del *quantum* de una indemnización para ser objetiva debería corresponderse con la ocurrencia de un hecho.

En los daños materiales este extremo puede verificarse más fácilmente. Es un hecho, por ejemplo, que el salario que percibe una persona y que suele utilizarse para cuantificar los daños por incapacidad tiene un determinado valor en pesos. El valor de la reparación de los perjuicios producidos en una cosa (*v.gr.* la mano de obra y repuestos de un automotor), el precio de reposición de un determinado objeto, los ingresos que dejó de percibir un individuo por el hecho dañoso, todos son hechos susceptibles de -en mayor o en menor medida- ser alegados y probados. Más aún, si tales hechos -los que hacen a la cuantificación del daño patrimonial- no son probados en la oportunidad procesal pertinente acarrear el rechazo del rubro en cuestión más allá de que el daño (lesión) en sí se halle debidamente acreditado.

No existe un hecho tal en el ámbito del daño extrapatrimonial. Ni las afecciones de las personas ni el bienestar espiritual de los individuos poseen un valor económico del mismo modo que lo poseen las cosas materiales. A diferencia de lo que ocurre con los bienes patrimoniales, no existe un mercado capaz de poner precio a la tranquilidad de espíritu. Si el dinero funciona como un instrumento de cambio y el mercado sirve para fijar la cuantía de ese dinero que es necesaria para llevar

(34) OSSOLA, Federico A. “El daño resarcible y la cuantificación judicial del daño moral. Dificultades y propuestas”, *RCyS*, Año XIX, Número 11, Noviembre 2017, p. 11.

(35) ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde. *La responsabilidad civil en el nuevo Código*, T. II, Alve-roni, Córdoba, p. 702.

a cabo la transferencia de los bienes, poniéndolos en manos de quienes más los valoran (al menos teóricamente), al carecer de esta posibilidad, porque los bienes espirituales se hallan fuera del comercio, la cuantificación en dinero del daño moral lisa y llanamente no puede hacerse.

Por ende, salvo que se caiga en un realismo ingenuo acerca del valor *monetario* de un daño extrapatrimonial, suponiendo de algún modo que ese valor existe como hecho, la cuantificación nunca podrá alcanzar este grado de objetividad. Como hemos observado, el reconocimiento mismo del carácter extrapatrimonial del daño descarta de plano esa hipótesis. Solo los bienes y las cosas que integran el patrimonio pueden tener ese valor. Los sentimientos, las emociones, la capacidad intelectual y volitiva carecen de esa propiedad.

En el ámbito de la *valoración* del daño extrapatrimonial parece existir, entonces, una cierta objetividad que proviene de un trasfondo común y que se traduce en una convergencia acerca de las circunstancias que pueden provocar, agravar o menguar la afectación espiritual. Ese trasfondo es la teoría que subyace a la psicología corriente. A tal punto que, en general, no se achaca un déficit a los jueces en este tramo. La objetividad de la resolución viene dada por una *justificación adecuada* de la estimación llevada a cabo, conforme a esas máximas de experiencia que aludimos más arriba y las exclusiones que pueden surgir de la prueba aportada por la contraria.

El problema se presenta cuando el magistrado ingresa al segundo tramo de la justificación que implica poner un número en dinero a la magnitud establecida en la valoración del daño extrapatrimonial. Con anterioridad a la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial se ensayaron diversos métodos para proceder a la cuantificación. El primero directamente lo dejaba a la discrecionalidad del juez. Claramente, en estos casos no podía hablarse de objetividad alguna y menos aún de control por parte de los litigantes o de una instancia de revisión. La suma que acordaba el juez no encontraba parangones con los cuales evaluar la adecuación con el daño infligido. Si el principio de reparación integral que subyace al sistema de responsabilidad se plasma en cuatro reglas fundamentales que, básicamente, exhortan a que la indemnización no sea ni mayor ni menor al perjuicio, cómo puede satisfacerse esta exigencia.

De allí que algunos autores propusieron como método la cuantificación por tarificación judicial. Se pretendía dar, de este modo, algún tipo de certidumbre y predictibilidad a la indemnización que iba a acordar el juez. En general, se rechazaba la idea de una tarificación legal, ya que se vería vulnerado el principio de reparación integral en función de tendencias economicistas que -atendiendo a intereses sectoriales, *v.gr.* corporaciones económicas o aseguradoras- llevaran a la baja las indemnizaciones fijadas. A ello se sumaba el persistente fenómeno inflacionario que siempre dejaría desactualizados los montos previstos.

Por ello se propugnaba un sistema tarifario flexible, que fuese fruto de decisiones judiciales reiteradas y coincidentes, las que, con el tiempo, generarían baremos

ordenadores de tales resoluciones para la consulta fácil y expedita de jueces, abogados y litigantes³⁶. Un problema era que, efectivamente, se generase esa coincidencia en la cuantificación de las indemnizaciones. Si bien se propiciaba la consulta de casos análogos para establecer el *quantum* resarcitorio (jurisprudencia), los jueces no necesariamente estaban de acuerdo con sus predecesores acerca de la cantidad asignada, lo que se veía agravado -como ya dijimos- por la inflación reinante. Además, aun cuando fuese posible encontrar un supuesto anterior similar -y este no era siempre el caso-, quedaba abierta la cuestión acerca de en qué medida los supuestos contrastados eran semejantes. Se hacía la salvedad, entonces, de que las justipreciaciones no debían trasladarse automáticamente al nuevo supuesto, sino que debían ajustarse a las circunstancias de las distintas causas.

A pesar de que esta última fue la tendencia doctrinaria y jurisprudencial prevaliente antes de la sanción del Código Civil y Comercial, las dificultades apuntadas no lograron establecer una jurisprudencia consolidada que permitiera dar mayor grado de certeza al resarcimiento del daño moral, más allá de que -a estos fines- los jueces efectivamente citaran fallos anteriores como justificación de sus decisiones³⁷. Menos aún se logró una publicación o baremo que sirviera de consulta en ese sentido.

Frente a este panorama, la modificación del ordenamiento civil vino a proporcionar una nueva pauta para tener en cuenta al momento de cuantificar los daños extrapatrimoniales. El Código Civil y Comercial estableció que, en esa labor, el juez debe ponderar las satisfacciones sustitutivas y compensatorias que pueden procurar las sumas de dinero reconocidas. A explorar este nuevo método de cuantificación dedicaremos la sección siguiente.

VI. Cuantificación y placeres compensatorios

Si bien la teoría de los placeres compensatorios ya había sido enunciada previamente y era propiciada por parte de la doctrina y alguna jurisprudencia³⁸, con el ordenamiento que entró en vigor en 2015 recibe consagración legal. El artículo 1741 del Código Civil y Comercial establece que “*El monto de la indemnización debe*

(36) PEYRANO, Jorge W., cit.

(37) Un estudio de la jurisprudencia cordobesa demuestra no sólo la disparidad de criterios de valoración, la dificultad de comparar valores a lo largo del tiempo -en el estudio se tomó como referencia el valor del *jus*, unidad económica destinada a regular honorarios de los profesionales intervinientes en el pleito- sino también la incongruencia que se desprende de los montos condenados cuando se comparan situaciones de tan diversa índole como el daño moral que surge de un incumplimiento contractual y el de la víctima que sufre la pérdida de un ser querido. MARCELLINO, Leonardo. “Valoración, cuantificación y satisfacción en el daño moral en la jurisprudencia cordobesa”, en JUAREZ FERRER, Martín (Dir). *Cuantificación del Daño. Región Córdoba, La Ley*, Buenos Aires, 2017, pp. 211-300.

(38) La Corte Suprema de Justicia de la Nación la adoptó, por ejemplo, en la causa “Baeza”, Fallos 334:376.

fijarse ponderando las satisfacciones sustitutivas y compensatorias que pueden procurar las sumas reconocidas”.

La locución “satisfacciones sustitutivas y compensatorias” puede parecer un poco escurridiza, por no decir vaga. Sin embargo, los autores son contestes en decir que, a través de esta solución legal, se destaca el carácter instrumental que posee el dinero. De forma tal que queda claro que la indemnización pecuniaria que se otorga al damnificado en su integridad espiritual puede servir para procurarse ciertos placeres que funcionen como consuelo, pero, de ningún modo, podrá volverse al estado anterior en el que se encontraba el sujeto al producirse el evento dañoso. Esas satisfacciones podrán obtenerse mediante diferentes acciones para las cuales el dinero obtenido será de utilidad, *v.gr.* compra de ciertos bienes, disfrute de determinadas actividades que sean del gusto de la víctima, empleo de las sumas en iniciativas de caridad, etc. El dolor, la angustia experimentada, el perjuicio existencial provocado probablemente permanecerá.

Se fija así una pauta que el juez debe tener en cuenta a la hora de cuantificar el daño extrapatrimonial y, al correlacionarlo con algo material, la consideración de esas satisfacciones sustitutivas y compensatorias aparece como la solución que brinda mayor objetividad a la indemnización acordada.

El fundamento de esta teoría radica en que la imposibilidad de una valoración intrínseca del daño moral debe conducirnos en una dirección distinta. Esa dirección apunta a proporcionarle a la víctima una suma de dinero que, en vez de ponerle un precio a su dolor o sufrimiento, actúe más bien como un paliativo. La indemnización, en este caso, tiene como finalidad otorgar algún tipo de *bienestar* al perjudicado y ese bienestar es susceptible de ser alcanzado no solo a través de la adquisición de bienes o servicios “placenteros” sino también, por ejemplo, a través del cumplimiento de acciones o actividades altruistas. Se evita así ponerle un precio al dolor, con las resonancias negativas que en el ámbito moral adquiere un intento semejante, y se habla, en cambio, del precio del consuelo.

Desplazada la cuestión de acordar un valor pecuniario a las afecciones espirituales, se trata ahora de establecer qué bien o servicio puede fungir de consuelo y esta tarea, al volver de alguna manera al ámbito patrimonial, adquiere los visos de objetividad que detenta la cuantificación de los daños materiales. Tan es así que se insta a los demandantes a proponer en el escrito inicial las prestaciones lenitivas que estimen procedentes e incluso a probar su valor³⁹.

Como toda pretensión sea o no dineraria, el juez puede hacer lugar al reclamo incoado, rechazarlo o admitirlo parcialmente. Pero aquí se enfrenta con un problema que devuelve la cuestión de la cuantificación al ámbito de la subjetividad. Una interpretación de la teoría de los placeres compensatorios supone que los bienes o

(39) OSSOLA, Federico, cit., p. 26.

servicios que el damnificado propone le proporcionarán una satisfacción que, tal vez no en exacta equivalencia, pero sí de manera bastante aproximada, lo reponga en el estado anterior al evento dañoso.

Así, la idea de daño se aproxima a aquella correspondiente a la concepción del Análisis económico del derecho. Precisamente, este enfoque lo entiende como una desutilidad o disminución del bienestar. De allí que indemnizar el daño importaría, en otras palabras, restituir a la persona al nivel de bienestar en el que se hallaba al momento del evento lesivo⁴⁰.

El inconveniente es que comprometernos con la *satisfacción* de la víctima hace que la pauta de corrección de la cuantificación dependa -nuevamente- de un estado mental del damnificado, a saber: aquél en el que ha alcanzado un nivel de bienestar que lo compense de la pérdida espiritual sufrida. Ese estado mental, lamentablemente hay que decirlo, no se encuentra sujeto a criterios públicos de validación.

Como vimos, no es discutido en filosofía que existen experiencias (estados mentales) cuya verdad depende exclusivamente del sujeto. Estos estados mentales poseen un carácter especial -privado- porque es el propio sujeto el único que tiene acceso a ellos y su ocurrencia es improbable de manera externa. El dolor es, sin duda, uno de esos estados mentales. El placer es otro. Lo problemático es que, al depender su verdad de una perspectiva interna o en primera persona, la justificación de una creencia de tal tipo es simple y llanamente de tipo *subjetiva*. Es decir que, en principio, solo el demandante estaría en condiciones de indicar cuáles son las prestaciones -bienes o servicios- susceptibles de proporcionarle la mitigación del dolor o del perjuicio espiritual que se pretende resarcir.

Desde luego, esta forma de resarcir los daños que atiende en forma *exclusiva* a las percepciones o sensaciones del reclamante ha sido rechazada por la doctrina mayoritaria. Los autores rápidamente ponen reparos a una conclusión semejante. Creen que el criterio de corrección no depende únicamente de aquello que postula la persona perjudicada como necesario y suficiente para reparar el perjuicio ocasionado. El sentenciante, dice Ossola, por ejemplo, podrá “entender que lo reclamado es desmedido en función del daño que se haya acreditado”, en cuyo caso se generan dos obligaciones para el juez: a) fundar adecuadamente (dar las razones de) por qué el bien o servicio que escoge constituye una satisfacción sustitutiva y compensatoria para la víctima; b) asignarle un valor económico⁴¹.

(40) Sobre las propuestas -y sus dificultades- que tiene este enfoque para establecer el *quantum* del daño extrapatrimonial puede verse ACCIARRI, Hugo A. *Elementos de Análisis Económico del Derecho de Daños*, Ed. La Ley, pp. 135-175.

(41) OSSOLA, Federico, cit., pp. 26-27. Adviértase que el punto b) devuelve el asunto a una cuestión de hecho: cuál es el valor económico del bien o servicio que el juez elige como parámetro para cuantificar el daño, ya sea porque fue variado por el juzgador al encontrar que lo reclamado es desmedido o porque fue directamente determinado por él al haberlo omitido la víctima. En este caso,

Ahora bien ¿cuáles son las razones que puede brindar el juez para justificar que un determinado bien o servicio constituye la satisfacción sustitutiva y compensatoria que requiere la ley? ¿Sobre qué bases (fundamentos) puede afirmar el juez que un viaje, la compra de un bien específico o la asistencia a un espectáculo público es suficiente para servir de consuelo a la víctima? Es curioso que se recurra al conocimiento *privado* del juez⁴². Y no porque sea un recurso prohibido; al contrario, se presenta como la única vía remanente. Lo que causa perplejidad es que se crea que con esta operación se alcance un *quantum* más objetivo. La cuantificación que lleve adelante el juez será tan *subjetiva* como la que propone la parte, en el supuesto de que lo haya hecho.

De allí que no sorprenda una conclusión como la siguiente respecto de la introducción de los placeres compensatorios como método de cuantificación: “*De todas maneras, la pauta legislativa está; y lamentablemente pienso que no logrará la objetividad y uniformidad que se estaría persiguiendo. No porque los jueces desoigan la norma, sino porque cada reclamante y cada sentenciante podrán buscar pautas personales de ‘sustitución’ y así reinará casi la misma diversidad que hoy se critica*”⁴³.

No es extraño, entonces, que cause cierta perplejidad cuando una resolución comienza a enumerar los bienes que pueden adquirirse con el monto condenado⁴⁴. Desde luego, un juez puede figurarse o imaginar qué cosas, actividades o prestaciones proporcionarán placer a una persona promedio⁴⁵. Pero si de lo que se trata es de resarcir a una persona en particular, de nada sirve que el magistrado enumere bienes o servicios que pueden ser muy placenteros o satisfactorios para algunas personas

el precio del bien o servicio, dice el autor, puede fijarlo el juez mediante el empleo de internet. Véase la jurisprudencia citada *infra* en nota 42.

(42) OSSOLA, Federico, cit., p. 27.

(43) ABREVAYA, Alejandra D. “Desmitificando la cuantificación uniforme del daño moral y la visión materialista de la indemnización”, *La Ley online*, AR/DOC/1844/2018.

(44) Un ejemplo es el fallo emitido por la Cámara 8ª de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Córdoba en “Sánchez, Alcira Estela c. Rivera Vargas, Genaro y otro”, Sentencia N°100, 30/08/2016. Para ejemplificar los placeres compensatorios, se hace alusión a bienes tales como un Smart TV, computadoras portátiles o sillas de rueda que proporcionen mayor confort al damnificado. Salvo este último supuesto, respecto del cual se podría pensar con mayor grado de acierto que cumple con la satisfacción compensatoria en función del tipo de lesión infringida a la víctima, los demás constituyen una mera enunciación que, al final de cuentas, se muestra absolutamente superflua o inconducente, por no decir arbitraria. La lista podría seguir y, quizás, ninguno de los bienes enumerados cumplirá -en concreto- el consuelo que se pretende acordar con la indemnización.

(45) Zavala de González opina que es suficiente que el resarcimiento cumpla *objetivamente* un papel compensador, en especial, cuando se trata de casos donde la víctima no puede ella misma disfrutar de la indemnización otorgada (*v.gr.* persona privada de conciencia o debilitada en sus facultades). En este sentido, con cita de jurisprudencia, la autora sostiene que la individualización de los bienes y servicios que compensarán a la víctima debe efectuarse desde la perspectiva de una condición patrimonial media. ZAVALA DE GONZALEZ, Matilde, cit., T.III, pp. 95-96.

-incluso para la mayoría- y absolutamente irrelevantes para el damnificado a quien se debe compensar en el caso concreto.

No hace falta recordar que el listado de satisfacciones sustitutivas o compensatorias que el tribunal ponderó a los fines de la cuantificación del daño carece de vinculatoriedad alguna para la víctima. El demandante, en definitiva, podrá utilizar el dinero en aquello que realmente le plazca.

A partir de una lectura de Zavala de González y González Zavala, podemos hacer una interpretación distinta de la norma civil. Dado que, con anterioridad, los jueces establecían sumas de dinero sin correlacionarlas con estas prestaciones sustitutivas, lo que señalan los autores es que, muchas veces, podían condenar montos simbólicos o ínfimos que, en definitiva, no cumplían su función resarcitoria, máxime en una realidad económica cambiante e inestable como la que vive nuestro país⁴⁶.

Al cotejarla con el precio de bienes o servicios, el sentenciante puede tener una idea más acabada acerca de la adecuación de la suma acordada, si esta es insuficiente o excesiva, si ha sufrido una depreciación como consecuencia de las condiciones económicas, si, en resumidas cuentas, le resultará útil para satisfacer esa pretensión resarcitoria. *“Ello supone cuantías con poder adquisitivo real, no ficticio, sin cristalización al momento del daño o de la demanda, cuando ha disminuido a la fecha de la sentencia o la de su cumplimiento. Una condena por daños sólo es eficaz si una vez determinado el valor a resarcir, se lo mantiene invariable, a despecho de cambios macroeconómicos como la inflación, hasta que se cancela la prestación del obligado”*⁴⁷.

Creo que, a través de esta última concepción de los placeres compensatorios, lo que se intenta, más que acordar un valor dinerario al daño moral, es proporcionar un criterio de actualización o al menos de no depreciación de las sumas mandadas a pagar. El valor pecuniario se fija primero y luego se lo confronta con bienes o servicios para establecer su poder adquisitivo.

En reiteradas ocasiones, los jueces se ven condicionados por los montos pecuniarios reclamados por los accionantes, cuantificados mucho tiempo atrás y no ampliados en las oportunidades procesales pertinentes. Teniendo en cuenta los plazos que conllevan los litigios y los límites que le impone al magistrado el principio de congruencia, se corre el riesgo de que las indemnizaciones se vuelvan irrisorias. Resulta claro, entonces, que si el juez está atento al poder adquisitivo de la suma que manda a pagar, puede advertir su irrazonabilidad y, por consiguiente, la adecuará a fin de que el propósito compensatorio de la indemnización sea cumplido.

Por supuesto, el respeto del principio de congruencia que rige el procedimiento civil se plantea problemático. Sahab⁴⁸ destaca, precisamente, que cuando la parte

(46) ZAVALA DE GONZALEZ, Matilde. *Ibidem*, p. 96.

(47) ZAVALA DE GONZALEZ, Matilde. *Ibidem*, p. 97.

(48) SAHAB, Alejandro, cit., p. 157.

contraria ha tenido la posibilidad de conocer la satisfacción sustitutiva que pretende el damnificado -a través de su explicitación en la demanda- su derecho de defensa no se ha visto vulnerado, si el juez confiere un monto mayor al nominalmente reclamado. El condenado ha tenido la oportunidad de controvertir no solo la pertinencia del bien o servicio propuesto sino también su cuantía, de modo que, al ser una obligación de valor, el responsable sabe que la fijación del *quantum* será llevada a cabo en forma definitiva en la sentencia con los límites establecidos por la pretensión deducida. Las exigencias de congruencia, en el proceso civil, se plantean como una protección al derecho de defensa de las partes y a sus posibilidades de contestar las pretensiones de la contraria. Si esto se halla asegurado, no habría razón para que el magistrado se vea constreñido de forma estricta por el monto señalado por la víctima. La congruencia se vería satisfecha si se mantiene la correlación con la satisfacción sustitutiva sugerida.

Distinto es el caso en el que la demanda ha omitido brindar esa guía al juez, porque -como señalamos más arriba- es este quien habrá de señalar las posibles satisfacciones sustitutivas a las que apunta la normativa de fondo. Aquí no solo se vuelve más dudoso el respeto del principio de congruencia, sino que caemos en el subjetivismo que pretendimos expurgar.

Por último, y en consonancia con la índole eminentemente subjetiva del consuelo, los autores han señalado otro aspecto susceptible de dificultar el proceso. Si el reclamante propone una satisfacción específica -pongamos como ejemplo la realización de un viaje-, recae en sus espaldas la carga argumentativa de por qué ese bien cumplirá la función indicada y la carga probatoria tendente a acreditar su estilo de vida, modos en los que se procuraba placer o esparcimiento y todo aquel extremo que le permita apuntalar lo pretendido⁴⁹.

Esto conlleva, asimismo, que dos personas que han sufrido una lesión similar a sus intereses extrapatrimoniales pueden obtener indemnizaciones marcadamente diferentes ya que las sumas serán fijadas de acuerdo con el nivel de vida de cada damnificado. En la sección siguiente, volveremos sobre este punto al aludir a la gravitación que debería tener el principio de igualdad en la fijación de los montos resarcitorios.

En suma, ya sea porque perviven las dificultades para determinar las satisfacciones que cumplan con la función sustitutiva o compensatoria, ya sea porque no se elimina la subjetividad del juez o de la parte para determinar la cuantía del daño, la solución propuesta por el ordenamiento civil actualmente vigente no termina de remediar la intrincada operación que significa la cuantificación de los perjuicios extrapatrimoniales.

(49) Véase en este sentido, el fallo de la Cámara Civil y Comercial de Bahía Blanca citado por MARCELLINO, Leonardo, cit., p. 293.

Con todo, creo que existen formas de desechar las visiones pesimistas que pueden cernirse sobre este asunto. Cuando los autores señalan que algunos reclamos pueden ser abusivos o desmesurados, suponen que hay montos o sumas de dinero que pueden correlacionarse con ciertos daños extrapatrimoniales y otros no. Cuando critican las sentencias dictadas por conceder sumas simbólicas⁵⁰, dejan entrever una opinión similar. Aunque sea marginal, existen ciertos consensos profundos acerca de que ciertas sumas de dinero son más adecuadas que otras para paliar los daños espirituales, según las circunstancias. Sin embargo, no deja de ser extraño que esa fijación quede reservada exclusivamente a los sujetos que intervienen en el proceso (juez y partes), cuando una participación más amplia podría crear condiciones de justificación de aquello que se nos vuelve tan esquivo. El próximo apartado será dedicado a este punto.

VII. Cuantificación y justificación intersubjetiva

Si los reparos a la subjetividad que entraña la cuantificación del daño extrapatrimonial no pueden ser superados, al menos no completamente, por la adopción de una teoría como la de los placeres compensatorios, cabe preguntarnos qué posibilidad existe de que alcancemos cierta objetividad.

La solución puede ser brindada a través de un análisis de la objetividad en términos diversos a los aquí planteados. La objetividad del *quantum* del daño moral ya no vendrá ligada a la prueba de un hecho, ni al del valor de un bien o servicio. Aunque no necesariamente, este tipo de objetividad inalcanzable -a nuestro modo de ver- en el ámbito del daño extrapatrimonial como venimos argumentando, tiene resabios de un cierto *realismo* cuya pretensión es la exacta correspondencia de los juicios con una realidad externa independiente del sujeto cognoscente.

Por el contrario, una noción diferente de objetividad se basa en los procesos de justificación, es decir, depende de que una creencia esté apoyada (fundamentada) en *buenas razones* tales como estas se conciben en una determinada comunidad epistémica y no de su correspondencia con una realidad trascendente. Dado que esos procesos tienen una naturaleza constitutivamente *dialéctica*, la calificación de las creencias individuales como objetivas requiere una apelación a cómo justifican o fundamentan los demás sus creencias⁵¹. En este sentido, si bien la objetividad no se identifica con la intersubjetividad -no es igual a ésta- la implica⁵².

Creo que una visión semejante se encuentra detrás de los intentos por instaurar un régimen de tarificación judicial indicativa. Cuando la doctrina sugiere que el juez debe atender a las sumas acordadas por otros tribunales en casos análogos, lo que

(50) ZAVALA GONZÁLEZ, Matilde, cit., T.III, p. 96.

(51) DE BUSTOS, Eduardo, cit. p. 90.

(52) OLIVÉ, Leon. "Racionalidad, objetividad y verdad", Ib. (Ed.) *Racionalidad Epistémica. Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía*, Trotta, p. 101.

está proponiendo es, precisamente, que varias personas, que varias voces -en este caso de los jueces- vayan formando lo que podemos denominar una *convención* que establezca parámetros de guía para la valuación económica del daño moral.

En realidad, visto con detenimiento, los precios poseen -en el fondo- un carácter convencional, más allá de que en la valuación de los bienes que se intercambian en el mercado operen ciertas variables (oferta, demanda, etc.) que a la postre resultan en un mayor o menor precio. La cuestión sobre la valuación o cuantificación se transforma así en una cuestión de método o, si se quiere, de técnica resarcitoria. Como dice Zavala de González: "(...) dado que *debe* fijarse una indemnización dineraria, hay que buscar *cómo* hacerlo, reflexionando siempre *para qué* se indemniza (...)"⁵³.

De lo reseñado hasta aquí, nos parece insuficiente confiar en el solo raciocinio del juez -considerado individualmente- para fijar la cuantía indemnizatoria en materia de daños extrapatrimoniales. Las distintas críticas a un sistema de puro arbitrio así lo han dejado planteado. En su lugar, más bien, sería necesario contar con varias opiniones que establezcan un *quantum* que pueda ser razonablemente aceptado por la ciudadanía.

Ahora bien: ¿por qué hemos de dejar la configuración de un acuerdo semejante solamente a los jueces? ¿Por qué no convocar a todos aquellos que puedan tener un interés en el asunto? Si se trata, en definitiva, de llegar a un acuerdo: ¿por qué no ampliar la participación y tomar una decisión mediante la intervención de sujetos que representen distintos estratos de la sociedad?

Lo que se propone es la formación de una convención⁵⁴ que, aun cuando no determine en forma exhaustiva ni rígida cuánto corresponde por cada situación de lesión espiritual, al menos funja como parámetro de *orientación* a partir del cual los tribunales puedan hallar la respuesta más acorde con las circunstancias del caso. Como toda convención requiere de la participación de varias personas y que esas personas posean cierta representatividad de los distintos sujetos implicados en la cuestión, no sólo el público en general, sino también aquellos sectores cuyas fuerzas de negociación nos ponen en guardia.

Será necesario, en este caso, un ámbito institucional que garantice la equidad de los convocados. El derecho comparado ofrece distintos ejemplos de cómo o en qué condiciones confeccionar esta suerte de baremos o pautas orientativas. Abrevaya⁵⁵ señala los casos de Inglaterra, Bélgica y Alemania. En el caso de Bélgica, más precisamente, nos relata la autora, la tabla o baremo es "el resultado del trabajo de un equipo multidisciplinario compuesto por miembros de asociaciones de víctimas,

(53) ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde. *Resarcimiento del daño moral*, Astrea, p. 71. Cursiva en el original.

(54) Sobre el concepto de convención se puede consultar el interesante estudio de ARENA, Federico José. *El convencionalismo jurídico. Un recorrido analítico*, Marcial Pons, 2014.

(55) ABREVAYA, Alejandra. D., cit.

abogados, aseguradoras, jueces y otras asociaciones profesionales". También nos advierte de que estas pautas orientativas no implican *per se* una mayor objetividad, pero sí, al menos, reflejan un acuerdo general de la comunidad jurídica y social, que puede partir, incluso, de los propios precedentes judiciales. Se establece así un diálogo entre jueces y otros actores sociales que tiende dar mayor legitimación a las soluciones propuestas.

En cierto sentido, como toda convención, los montos que vayan surgiendo también serán arbitrarios. Cualquiera, en última instancia, puede impugnar el *quantum* por insuficiente o excesivo. A esto, creemos, apunta la autora cuando indica que arribar a ese acuerdo no implica por sí mismo mayor objetividad. Sin embargo, es de esperar que la aquiescencia de una mayoría -incluso agravada si se quiere- en el seno del ámbito institucional que se elija para producir el baremo o tabla, decante en una aceptación general, aunque sea con reservas. La razonabilidad de una solución no viene -necesariamente- de una aceptación unánime, sino del reconocimiento de que, aunque no se esté completamente de acuerdo, existen razones en aquellos que la proponen que no se pueden rechazar.

Suele criticarse a los regímenes tarifados porque no contemplan las complejidades del caso puntual, omiten la consideración de sus particularidades. Zavala de González, por ejemplo, insiste en este punto, aunque para defender el concepto de daño que atiende a las proyecciones nocivas de las lesiones y no a aquel otro que se centra en la afectación de un interés. Si bien puede haber situaciones similares, la autora destaca que el análisis no puede detenerse en la lesión a un interés de la persona en abstracto (*v.gr.* a mantener incólume su salud personal) ya que no se tendrá cabal idea del real menoscabo producido: "Metafóricamente hablando, la lesión es una herida, y deben precisarse sus características; pero también averiguar cómo y cuánto duele"⁵⁶.

Desde luego, cada caso presentará sus particularidades y el juez deberá tenerlas en cuenta. No obstante, los baremos sirven de guías o pautas orientativas para los tribunales que deberán ajustar los supuestos generales al caso singular, según las circunstancias presentadas. El juez contará con un valor de referencia a partir del cual elevará o disminuirá la indemnización conforme los pormenores del hecho dañoso, la situación de la víctima y, por supuesto, la prueba recolectada.

Si el baremo se construye sobre la base de un proceso suficientemente abierto y democrático, esta justificación -en última instancia procedimental- de la cuantificación dineraria trasladará sus efectos legitimantes a la decisión judicial que lo tome como parámetro. No releva al magistrado de su adecuación a la situación de hecho que se le presenta, pero, al menos, le proporciona un marco donde su poder decisorio deja de ser arbitrario para pasar a ser *discrecional*.

(56) ZAVALA DE GONZALEZ, Matilde, cit., p. 6.

En algún otro lugar⁵⁷, hemos defendido también -en vistas de las particularidades que posee el daño moral- una visión pluralista en cuanto a los objetivos de la responsabilidad civil, aquella que no solo atiende a la justicia correctiva sino también a la igualdad como principio. La teoría de los placeres compensatorios tiende a subrayar más que a corregir los efectos distributivos negativos del derecho de daños tal como está planteado. En efecto, si la situación económica de la víctima influye de manera decisiva en la elección de los bienes y servicios que sirven de consuelo para paliar el daño, el *quantum* indemnizatorio se vuelve así “sensible a la riqueza”⁵⁸. Una ponderación del principio de igualdad puede ser realizada en la deliberación que conduzca a la tarificación de los daños para neutralizar, de algún modo, los efectos regresivos del sistema.

VIII. Conclusiones

Las demandas de objetividad con relación a la cuantificación de la indemnización del daño moral difícilmente puedan ser satisfechas con la sola ponderación de las satisfacciones sustitutivas y compensatorias que establece el artículo 1741 del Código Civil y Comercial. Si bien pueden representar un paso adelante en el sentido indicado, nos parecen insuficientes. Hemos intentado precisar de qué manera subsiste presente la subjetividad del juez y de las partes, lo cual conspira en contra de las exigencias normativas en torno a la justificación de la sentencia. Por ello, se propone una tarificación legal que oriente la labor de los magistrados. Esa tarificación deberá partir de un ámbito institucional en el que se garantice la mayor participación de los interesados en el asunto, de modo que las soluciones propuestas cuenten con la legitimidad que garantiza la intersubjetividad y la deliberación.

(57) LÓPEZ, Julio Mariano. “Cuantificación del daño extrapatrimonial y justicia distributiva”, *Revista de la Facultad*, Facultad de Derecho (UNC), Vol. IX Nº1, Nueva Serie II (2018), p. 123. KEREN PAZ, Tsachi. *Derecho de daños, igualdad y justicia distributiva*, Marcial Pons, Madrid, 2016.

(58) JUAREZ FERRER, Martín. “Cuantificación del daño moral por escalas”, p. 308.